

A

A LETTER
TO THE
ATTORNEY GENERAL
OF
THE PROVINCE OF QUEBEC,
ON THE
ADMINISTRATION OF JUSTICE,
BY MR. JUSTICE TORRANCE.



Montreal:
PRINTED BY JOHN LOVELL, ST. NICHOLAS STREET.
1873.

THE

OF THE

OF THE

OF THE

OF THE

OF THE

ADMINISTRATION OF JUSTICE.

TO THE HONORABLE GEORGE IRVINE,

Attorney General for the Province of Quebec.

SIR,—It is usually the person occupying the high and honorable post of Attorney-General, who initiates in the Legislature measures of reform in the constitution of the Courts of law, and in matters of procedure in these Courts.

Public opinion complains loudly of the administration of justice in this Province. At the last session of the Dominion Parliament, a leading advocate and ex-Attorney General expressed himself from his place in the Commons, in language that was painfully plain and outspoken. A return asked for in Parliament has declared that in three years there have been 21 appeals from the Province of Quebec to the Privy Council in Britain, against 2 from Ontario, 2 from Nova Scotia, and 1 from New Brunswick to the same High Tribunal.

At the last term of the Court of Appeals in June, out of 40 judgments rendered on two consecutive days, there were 22 reversals, and on the last day, there were 17 reversals out of 24 judgments. In one particular case, the appellant had failed in the Superior Court and in the Court of Review, and succeeded in the Court of Appeals by a majority of one, the result showing that out of 9 judges who heard his case 6 were against and 3 in his favor. *

*Vide Note I, p. 19.

In another case decided in 1870, on a pure question of fact, the Court of Appeals by a majority of *one* reversed a judgment which had been given in favor of the plaintiff in the Superior Court and in the Court of Review. In this case five judges were in favor of the plaintiff and four against, and the four prevailed.

In another case, decided in 1872, the Court of Appeals, by a majority of *one*, dealt, in a similar manner, with a pure question of fact, with this difference that *six* judges were in favour of the original judgment, and only *three* against, and the *three* prevailed. *

I am obliged to say more. I have the painful conviction founded upon observation and enquiry extending over a period of years, that there is a striking contrast between the Provinces of Ontario and Quebec as regards the estimate in which the judiciary is held in the opinion of the Bar and the public. In Ontario I have good reason for affirming that there is perfect harmony between the Bench and the Bar, and the utmost respect is there entertained for the judges in their administration of justice.

I fear greatly that I shall not be accused of misrepresentation or exaggeration when I say that a very different feeling characterises the relations of the two orders in more than one locality in the Province of Quebec.

I deeply regret that a reproach should be cast upon individual judges as the cause of uncertainty and confusion in the administration of justice.

The cause of the public grievances is to be found elsewhere. We possess as noble a code of laws as has fallen to the heritage of any civilized people, but our system of administration is at fault.

*Vide Note 2, p. 19.

I would specify for instance, as a striking defect, the want of a proper sub-division of labour in the administration of justice in civil matters. I doubt whether there be another city and district of the magnitude of Montreal in the British dominions where the same judges are required in turn to try and adjudge the highest and the smallest causes—to-day to adjudge a cause involving a million of dollars and to-morrow a case involving five shillings. It may, indeed, be said of some few men that they do all things well. It was probably a belief that the abilities of the highest judges should be applied to try the smallest causes, which brought about the abolition of the Commissioners' Court in Montreal some 30 years ago; but I affirm that without a proper division of labor in this matter, justice cannot be done in the one class of cases or in the other. If you distract the attention of the judge with a great variety of different duties, you prevent that harmony of action which in the administration of justice as well as in other classes of labour is essential to the labour being well and faithfully done. A different kind of training is required in the one class of cases from the other. In the highest courts, science and logic and precision of an exceptional character should be perpetually in operation.

In Montreal, there were decided in 1872, 462 contested appealable causes. On the other hand, there were decided 3884 non-appealable causes (under \$100), of which 1447 were contested, and the large majority of them were under \$25. *

Twenty of these non-appealable cases are disposed of in the course of a day by a kind of rough justice under the law which directs that the judge in causes involving

*Quebec Official Gazette, 28th February, 1873.

less than \$25 shall decide according to equity and good conscience—not according to strict law. *

It requires little reflection to see that a different kind of training is demanded for the despatch of business in small causes from the training required in those involving hundreds and thousands of pounds. What would be thought of a system which would throw upon the Judges of the Superior Court the decision of the numerous police cases which occur in the cities of Montreal and Quebec? Yet that is the very system which throws upon the Judges of the Superior Court the trial of petty causes in civil matters in these cities.

There should be two orders of judges for the trial of civil causes.

A very little modification of the class of district magistrates who have jurisdiction up to \$50, would furnish the required remedy.

Another defect in our system, which I would signalize, is a complete and utter violation of the rule that the best proof of which a case is susceptible should be produced.†

Secondary, or inferior, proof should not be received unless it be first shown that the best, or primary proof, cannot be produced. C. C. 1204.

I allude here to the practice which prevails of deciding causes on written depositions (*muta et surda testimonia*) without the judge hearing or seeing the witness.

A different rule was made law in 1860; (23 Vic. c. 57, s. 27), but it was not acted upon, and passed into desuetude until—*mirabile dictu*—it became lawful for the parties, by consent, to produce before the Court, and

*C.C.P., 1104.

†Vide Note 3, p. 19.

without leave, depositions of witnesses who were not sworn until the depositions had been written out.*

I believe that if the judge were obliged by law to take the evidence, or have it taken, under his own eyes and in his hearing, and to follow the case from the beginning of the inquiry to the end, as at a jury trial, the judgments of our Courts would be much more stable and certain; they would not be so liable to be reversed on questions of fact, for two simple reasons. In the *first* place, the personal attention given by the judge to the examination of the witnesses would inevitably make his decision much more accurate and reliable on questions of fact. In the *second* place, having seen the witnesses with his own eyes, he would stand on a vantage ground as regards the higher Courts reviewing his decision. They could not see the witnesses, though they might read the depositions. The consequence would be that his judgment would not be reversed on a matter of fact, unless it was plainly erroneous.

Under this head of the subject, I would add that there is a failure of justice, because its administration is not public. The examination of the witnesses is not public. The witness sits at a small table in the Enquête room with only the writing clerk and lawyers, and sometimes the parties listening. The witness has not that pressure put upon him to speak the truth which would exist if his statements were made in the witness-box, under the eyes of the judge and a hundred spectators—"the observed of all observers." The witness examined in open Court would be under trial as to his veracity no less than the parties as to their contestation. The publicity of the trial would be further attended with this advantage, that a pressure

*33 Vic., cap. 18, (Quebec,) 1st February, 1870.

would be put upon the judge to do his best to further the ends of justice. The judge, as well as the witness, would be on his trial. Public opinion, through the public which had heard the evidence and seen the witnesses, would pass judgment upon the judicial aptitude and acumen of the judge to a far greater degree than is possible with a judgment based upon written depositions.*

I would add, in the interest of the bar and of the suitors, that an argument is much better appreciated by the Court after the hearing of the evidence than before, and its pertinency much more easily seen when the facts have been placed before the judge.

There is further the consideration that, if the judge, as under the old system, should make his first acquaintance with the case through the *viva voce* argument of the counsel without its being at once followed up by the proof, he may contract a bias or prejudice in the case which will lead him insensibly to read the depositions not simply to discover the truth, but in some cases rather to find a confirmation of his first impression. The scales of justice are disturbed.

It is further to be said that a case tried under a system which required the judge to hear the evidence throughout, would be decided with much more expedition than under a system under which the parties, counsel and judges are sometimes changed by death or otherwise before a final decision can be pronounced. At present under the *enquête* system, a case may drag its slow length along by a dilatory sluggish process, in which it would be surprising if the interest of the parties and advocates and Court were not to flag before it was ended. I know of a case instituted in 1859, and only terminated

*Vide Note 4, p. 20.

by a final judgment in 1873. Over one hundred witnesses were examined without the judge deciding the case seeing one of them, and the judge had to read over 1200 folio pages of depositions. If one judge had tried this case by a continuous process, it could have been easily disposed of by a final adjudication within a month after the hearing of the first witness.*

I would not disguise the fact that these changes would require for their success the hearty co-operation of Bench and Bar. As an obstacle to reform, Toullier hints at the *ennui* experienced by judges who are obliged themselves to hear witnesses by a process which while it accelerates the course of justice prolongs the sittings of the courts; and he also alludes to the complaints of the counsel of a loss of time to themselves personally, "quoique bien hors de propos."†

My personal conviction founded upon some experience of both systems, is that the enquête by written depositions fosters men of routine, whereas the public *viva voce* testimony of witnesses would render the administration of justice at once prompt, animated and interesting.

If we look further to the testimony of history, the weight of authorities as well as of principle is overwhelmingly in favour of the public examination of witnesses.

In the Roman empire, the witness gave his evidence publicly in Court, and was examined by the parties. Written depositions were not absolutely prohibited, but little faith was placed in them.‡

*Vide Note 5, p. 20.

†Vide Note 6, p. 20.

‡Vide Notes 7 & 8, pp. 23-30.

In France, until the revolution in 1789, they had the written deposition as in the English Court of Chancery, but the revolution like a flood swept away for a time all old usages.*

By the law of 7 fructidor, year III, (24th August, 1795,) it was ordained, (Art. 1.)

“A l’avenir, en toutes matières civiles, dont la connaissance appartient aux tribunaux de district, et sans aucune distinction, les temoins seront entendus à l’audience publique, en présence des parties intéressées, où elles dument appelées.”

Toullier tells us that the law of 27 Ventose, year VIII, having re-established the “avoués,” whose suppression had been pronounced by the decree of 3 brumaire, year II, revived for the enquêtes, the formalities of the ordinance of 1667.

By the code of Civil Procedure (Napoleon) Tit. xii., the written deposition was preserved.

Toullier gives no uncertain opinion as to the value of the public examination of the witness. “En attendant cette réforme salulaire, le magistrat demeure privé du moyen le plus puissant pour juger, dans le cas de collision de temoignages, quels sont ceux aux quels il doit accorder sa confiance.”†

I would add to the opinion of Toullier, those of Bonnier, Boncenne, Gabriel, Boitard and Lavielle (‡). The last ends an emphatic protest against the written depositions, in these words:—

“Ainsi ce titre des enquêtes pèse à tous; il n’y a qu’une voix pour en demander la suppression. Ceux

*Toullier; Tom. IX, p. 522 & seq.

†Vide Note 6, pp. 20–22.

‡ Vide Notes 9, 10, 11, 12, 13.

“là même qui, par état, en retirent quelque profit, ont
 “la loyauté d'en signaler les abus et les dangers, et de
 “répéter avec nous que *jamais réforme législative n'aura*
 “*été plus nécessaire et ne sera mieux accueillie.*”

In England the common law courts have always required the public examination of witnesses, and one can easily imagine how intolerable the perusal of written depositions would be to jurymen. In Chancery and the ecclesiastical courts, the written deposition prevailed until 15 and 17 Vic., c. 86, and 17 and 18 Vic., c. 47, and 20 and 21 Vic., c. c. 77 and 85.* But it would appear that it is only by the British Judicature Act of this year that the last blow in England has been struck at the *surda et muta testimonia* of written depositions. The judge in these courts is at last obliged to hear and see the witness himself, and Lord Cairns, the great chief of the Conservative party in the House of Lords, heartily approves of the change. He said: “This bill provides—and I think rightly—for I am a strong advocate of the system, that the evidence in the Court of Chancery shall be taken *viva voce*.”†

Before leaving this question of evidence, I cannot refrain from expressing my regret that we have not yet adopted a system of administering justice by which, in the minds of the judges as well as of the public, questions of fact are not more entirely and distinctly separated from questions of law. In the system of the ancient Romans, there was a distinct line of demarcation between law and fact—between the function of the prætor and that of the judex or jurymen. It has been so in the English common law courts, and it is so in our jury trials

*Vide Best; on Evidence s. 10.

†The “Times,” 2nd May, 1873.

in civil matters where the functions of judge and jury are defined and separated.

M. Bonjean, who was lately President of the *Cour de Cassation* in France, * regrets that the jury system was not adopted in France in civil as well as in criminal matters. He is of opinion that the jurymen are much better judges of fact than the judges of the court could be, and strongly argues that the blending of the two functions of judge and jury in the French magistrate is injurious and enfeebling to his mental constitution.† He points with satisfaction to the history and stability of the Supreme Court of France, the *Cour de Cassation*‡ which amid all the violent revolutions of the country has held up its head honoured and unstained. He believes that its stable position in the nation, is owing to the separation by its constitution of law from fact, its functions being exclusively to expound and interpret the laws. M. Bonjean would introduce the jury system into France in civil matters, but he does not see why the jury should not as in the selection of *experts* be limited to 3 persons chosen by the parties if they will. (4)

In view of the fact that a separation of questions of law from those of fact would tend to the better administration of justice, and that our citizens are called upon to take a part in the management of the immensely important matters which occupy our municipal councils requiring our citizens throughout the country to understand the municipal code ; considering also the moral

*Was a hostage of the Commune in April and May, 1871, along with the Archbishop of Paris, (Mgr. Darboy), and like him was shot by the *canaille*.

†Vide note 7, p. 24.

‡Vide p. 24.

(4) Vide p. 26.

and intellectual elevation which a share as jurymen in the administration of civil justice would naturally tend to communicate to the citizens of our country, it might become a grave question whether the establishment of the jury system in matters of fact be unworthy of the consideration of the Local Legislature.

There is another portion of our procedure which is at present entirely useless. I allude to the articulation of facts. It could be utilized in connection with the *viva voce* system of trial, by making it imperative upon the judge to settle the articulation as in a jury trial, and by compelling the narrowing of the issue of fact by making the cost of proof fall upon the party who might inconsiderately require its production. If the judge was obliged to follow the enquête from beginning to end, it would become strongly his interest to strike out useless articulations.

In conclusion, I would sum up my observations by pressing upon yourself and your fellow-legislators whether suggestions such as the following be not worthy of consideration:

The functions of the judges of the Superior Court should be limited in civil matters to the trial and decision of causes in that Court.

Let the District Magistrates take exclusive cognizance of the Circuit Court cases.

Let the law require the judge to hear and see the witnesses in person.

The jurisdiction which the Court of Review originally had in all cases ought to be restored to it, but in connection with this, it ought to be made the final Court in the Province as to questions of fact. The judges of the Superior Court would not likely complain of this work,

for it would be a finality, though they have complained in the past of doing work in Review which was not a finality by an appeal to the Queen's Bench. The Court of Review might be empowered either to give the judgment which the Superior Court ought to have given or to order a new enquête on any particular fact.

The judges of the Superior Court ought to be allowed to reside at Montreal or Quebec, as the case might be; such residence would permit of mutual conference, and tend to establish more uniformity of jurisprudence.

If the present system is carried out, of having a Superior Court judge in each of our twenty districts, without intercourse with one another, in a state of isolation, the effect will be in a great measure to establish twenty different systems of jurisprudence in Lower Canada. The only corrective would be an occasional appeal. I can easily conceive a practice introduced by error by an isolated resident judge, the practice perpetuated during a long series of years, and the error only discovered after a length of time by a reversal in appeal, but when discovered, disquieting and unsettling public opinion in the district as to the particular jurisprudence in question. Mutual conference and residence together would have the effect of toning down and moderating the idiosyncrasies or eccentricities of individual judges. It is to be remembered that it is quite possible for a district to be at the mercy of an irremovable resident judge during the whole term of a long life.

Another alternative is open to the legislature, if it be decided that the system of resident judges cannot be departed from, as regards the Superior Court.

Let the Superior Court in the District in term be composed of two or three judges to decide the case on the

merits, one of the judges being, as a general rule, the judge who shall have seen and heard the witnesses in the cause. That plan has been already tried except as to the Enquête and was found pleasant alike to judges and to suitors.

Finally in constituting the Court of review as a final Court in matters of fact, (which has the merit of agreeing with the system in France) the Court of Queen's Bench in civil matters might be converted into a *Cour de Cassation* to review the decisions of the Courts below, (the Courts of Review in Quebec and Montreal,) in matters of law.* The Court of Queen's Bench, would in this way be relieved from the labour of deciding on questions of fact.

I am sure I need make no apology for addressing you on the state of the administration of justice in the Province. The condition of that administration in some branches is painful in the extreme to every right-feeling individual.

It does not merely affect certain individuals in high positions. It is a national calamity when the decisions of the chief officers of justice in the state give no confidence. The uncertainty of decisions is demoralizing alike to the community and to the magistrates, whose judgments are condemned and annulled.

If such a condition of matters should continue, the office of judge must cease to be an object of ambition. Already has it been hinted in professional circles that one of our highest and ablest judges, from a profound feeling of dissatisfaction at the organization of our Courts and the failure of justice in the Province, while yet in the prime of his life and in the full vigour of his judicial powers, abandoned his office so soon as a pension became open to

* *Vide* Note 14, p. 38.

him. The instance I have alluded to, will be frequently repeated, if an office so responsible and honorable in itself should cease to be an object of ambition from the failure of its occupants to fulfil the mission to which they have been appointed.

Something has been said of the misconduct or incapacity of individual judges. I make bold to say that the administration of justice will continue to be a failure, if the system of administration be not radically altered. If the present system were a sound and efficient one, the short comings of individual judges would not and could not be the cause, and the sole cause of the miscarriage of justice, which is loudly and universally complained of.

Upon the legislature of the Province is devolved the responsibility of devising the changes which will give to the country the necessary reforms in the administration of justice. It is to be hoped that the needful remedies will be applied, but it is also to be hoped that no hasty or ill considered legislation will take the place of existing laws. The Imperial Parliament has lately had under its consideration a bill, which proposed radical and almost revolutionary changes in the British Courts of Justice, and in the administration of justice, and that bill has become law, after its provisions had for several years been the subject of careful inquiry by experienced judges and able juriconsults. I trust that our legislators will maturely consider the matters to which this letter has made reference, and that the fruit of its labours will be seen in future years in the possession of a judiciary and of a system of administration of justice against which no obloquy shall be cast, but which will be the valued heritage of a law-abiding and contented people.

If the government of which you are a member, should

devise the remedies which are required to remove the present disorders, it will earn a title to the lasting gratitude of the country.

I have the honor to be,

Sir,

Your most obedient servant.

F. W. TORRANCE.

Montreal, 8th August, 1873.

l
d
P

NOTES.

NOTE 1. P. 3.

The case of *Lafontaine et al., v. Rankin*, No. 2739, Superior Court, Montreal. Judgment 29th April, 1871. Mondelet J., confirmed in Review. Berthelot, Mackay, Torrance, J. J., 31st October, 1871, reversed by the Court of Queen's Bench; 24th June, 1873: Duval, C. J., Drummond, Badgley, Monk, Taschereau, J. J., (Duval, C. J., and Badgley, J., dissenting.)

NOTE 2. P. 4.

Vide case of *Vincent v. Hamelin*, No. 1355; Circuit Court at Coteau Landing. Judgment rendered 7th November, 1868, by Mackay, J.; confirmed in Review 31st March, 1870, by Berthelot and Torrance, J. J., Mondelet, J., dissenting; reversed by the Court of Queen's Bench, 22nd June, 1872. Duval, C. J., Caron, J., Drummond, J., Badgley, J., Monk, J.; (Duval, C. J., and Caron, J., dissenting.)

It is probable that if the highest Court had here applied the rule of the English Appellate Courts and Privy Council, not to disturb a judgment on a matter of fact, unless plainly erroneous, the judgment of the Circuit Court would have been affirmed.

Also case no. 512 *Knight v. Shannon* which was an action for goods sold and delivered, and the decision in which turned on pure questions of fact. Judgment for plaintiff in the Superior Court (Mackay J.) 1st June, 1870,—confirmed in review 31st Oct., 1870, (Mondelet, Torrance, Beaudry J. J.), and reversed in appeal 22nd June, 1872 by three judges, (Badgley, Drummond, Monk), the other two (Duval, Caron), dissenting.

NOTE 3. P. 6.

BONNIER des preuves, tom. 1, p. 29.

Il est évident, au surplus, que, plus on s'éloigne de la source, plus la preuve perd de sa force: vérité dont la loi fait l'application aux diverses natures de copies (Art. C. Nap. 1335). Laplace a comparé assez heureusement cette diminution de la probabilité à l'ex-

inction de la clarté des objets par l'interposition de plusieurs morceaux de terre! Un nombre de morceaux peu considérable suffit pour dérober la vue du corps qu'un seul morceau laissait apercevoir d'une manière distincte.

NOTE 4. P. 8.

Best. On Evidence. London, A.D., 1866. P. 139, 140, § 106. Nor is it exclusively on witnesses that this institution of publicity exercises a salutary check. Its effect on the judge is no less conspicuous. "Upon his moral faculties," observes Bentham, "it acts as a check, restraining him from active partiality and improbity in every shape: upon his intellectual faculties it acts as a spur, urging him to the habit of unremitting exertion, without which his attention can never be kept up to the pitch of his duty. Without any addition to the mass of delay, vexation and expense, it keeps the judge himself, while trying, under trial. Under the auspices of publicity, the original cause in the court of law, and the appeal to the court of public opinion, are going on at the same time. So many bystanders as an unrighteous judge (or rather a judge who would otherwise have been unrighteous) beholds, attending in his court, so many witnesses he sees of his unrighteousness; so many ready executioners, so many industrious proclaimers, of his sentence. On the other hand; suppose the proceedings to be completely secret, and the Court, on the occasion, to consist of no more than a single judge, that judge will be at once indolent and arbitrary: how corrupt soever his inclination may be, it will find no check to oppose it. Publicity is farther useful, as a security for the reputation of the judge (if blameless) against the imputation of having misconceived, or, as if on pretence of misconception, falsified the evidence. Without this safeguard, the reputation of the judge remains a perpetual prey to calumny, without the possibility of defence."

NOTE 5. P. 9.

Vide case of De Beaujeu v. Bienjonnetti et al. No. 1090: Superior Court, Montreal. Action begun August, 1859, and final judgment rendered 30th April, 1873. The Enquête began in January, 1860, and ended in 1867. There were 107 depositions; some of them duplicates or triplicates.

NOTE 6. P. 9.

TOULLIER. Tom. 9, p 517.

Il en est autrement de la preuve testimoniale; la loi la permet, parce qu'elle est nécessaire; mais elle s'en défie, et loin de commander aux

Juges de suivre aveuglément la foi des témoins, elle ne cesse de leur commander de les examiner avec le plus grave soin : *Testium fides diligenter examinanda est*. Elle les avertit qu'ils ne sont point liés par les dépositions des témoins ; qu'ils peuvent rejeter celle même d'un homme non légalement reprochable, et dont la réputation est légalement intacte, *integra frontis homo* ; enfin, qu'ils doivent rentrer en eux-mêmes pour juger ce qu'ils croient prouvé ou non prouvé. Ces maximes, écrites dans le droit romain, sous la dictée de la raison, loin d'être abrogées dans notre nouvelle législation, sont expressément répétées dans nos lois criminelles.

Prenons donc pour constant que la religion du juge n'est point liée par les dépositions des témoins, lorsqu'il n'est pas persuadé, lorsqu'il a de fortes raisons de croire qu'elles ne sont pas conformes à la vérité.

Nous regardons comme certain qu'un arrêt fondé sur ces principes ne pourrait pas être cassé, parce qu'il n'y aurait aucune loi violée.

n. 323. Il nous reste à examiner les questions que peut faire naître la collision des témoignages, c'est-à-dire les contradictions, les oppositions, en un mot, les différences de toute espèce qui peuvent se rencontrer dans les dépositions des témoins respectivement appelés.

Comment le magistrat pourra-t-il démêler la vérité au milieu de ces contrariétés ? A quels traits la reconnaître ? A quelles dépositions ajoutera-t-il foi, lorsqu'elles sont inconcevables, lorsqu'un témoin affirme un fait, et que l'autre le nie, ou atteste un fait contraire.

324. Malheureusement notre Code de procédure enlève aux juges le moyen le plus puissant, le plus efficace, et presque le seul de lever ou de déchirer le voile dont l'art d'un témoin de mauvaise foi cherche à couvrir la vérité, et de percer les ténèbres dont il cherche à l'envelopper.

p. 521. Combien ces dépositions écrites presque dans le secret, et dérobées à l'imposante publicité de l'audience, sont froides et peu satisfaisantes, auprès de ces dépositions orales et animées faites en présence du public et des magistrats assemblés ! C'est bien le cas de s'écrier avec l'empereur Adrien : j'en croie les témoins, et non les témoignages écrits : *Rescriptsit se testibus, non testimoniis crediturum*. J'en crois les témoins, parce que je les interroge pour découvrir la vérité : *Namque ipsos interrogare soleo*. L'autorité des témoins présents, la foi qu'ils méritent est donc tout autre que celle des témoignages écrits que l'on récite aux juges : *Alia est auctoritas testimoniorum præsentium, alia testimoniorum quæ recitari solent*.

Les témoignages qu'on présente écrits aux juges sont véritablement, comme dit le proverbe, des témoins sourds et muets; des témoins sourds qui n'entendent point; des témoins muets qui ne répondent point: *Surda et muta testimonia*.

Lorsque l'Assemblée Constituante entreprit de réformer notre législation, la vérité de ces maximes dictées par la raison avait frappé tous les esprits. Elles devinrent un des principes fondamentaux de nos lois criminelles, mais on ne s'occupa point alors du Code de procédure. p. 522.

p. 525. * * l'audition à l'audience a l'avantage de diminuer de beaucoup les frais.

D'un autre côté, elle accélère le cours de la justice; ce fut ce qui la fit préférer dans les affaires sommaires. Enfin il est reconnu que l'audition des témoins, en présence des juges, est la voie la plus sûre, la seule peut-être de découvrir la vérité.

L'appareil dont il est environné, loin de nuire au recueillement du témoin, lui rappelle qu'il est dans le temple et sous l'égide de la justice. p. 527.

La présence du public, qui l'observe et le juge, lui impose et lui fait sentir la nécessité de dire la vérité toute entière; celle des magistrats lui donne la force de la confesser et le courage de la soutenir. Ils sont là pour le défendre.

Enfin, le droit de lui faire des interpellations et de le confronter aux témoins contraires, donne aux magistrats exercés des moyens presque infaillibles pour découvrir la vérité.

On n'aperçoit donc, pour soutenir la méthode vicieuse d'entendre les témoins hors de la présence des juges, que l'aveugle *prévention de l'usage*. Peut-être encore, une autre raison que l'on n'oserait avouer, a secrètement influé sur ce point de notre législation: l'ennui que fait éprouver aux juges l'audition des témoins, qui, en accélérant le cours de la justice, allonge néanmoins les audiences; la perte de temps dont se plaignent les avocats, quoique bien hors de propos, puisqu'ils peuvent trouver dans les interpellations qu'ils ont la faculté de faire aux témoins, par l'intermédiaire du président, les moyens les plus sûrs de faire triompher la justice de leur cause.

En attendant cette réforme salutaire, le magistrat demeure privé du moyen le plus puissant pour juger, dans le cas de collision des témoignages, quels sont ceux auxquels il doit accorder sa confiance. p. 528.

NOTE 7 P. 9.

BONJEAN DES ACTIONS ; tom. 1 p. 37 § 23.

Mais le trait le plus saillant et le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, tant en matière civile qu'en matière criminelle, est assurément la division des fonctions judiciaires entre le magistrat, qui détermine *a priori* les conséquences juridiques des faits allégués, soit par le demandeur, soit par le défendeur (*jus dicere*) ; et le juge ou juré, qui vérifie ces allégations, leur applique les principes indiqués à l'avance par le magistrat, et met ainsi fin au litige par une sentence définitive (*judicare*.)

Dès les temps les plus anciens, le magistrat intervenait dans les procès, non pour statuer définitivement lui-même sur le point débattu ; mais pour en déférer la connaissance à un ou plusieurs jurés, que les parties choisissaient elles-mêmes, et auxquelles le magistrat conférait les pouvoirs nécessaires pour juger.

Cette intervention active des citoyens dans le jugement des procès donnait à la justice un caractère éminemment populaire et libérale, tout à fait en harmonie avec la constitution libre de l'Etat, et qui survécut même à la perte de la liberté politique.

Par là se trouvaient prévenus les abus qui auraient pu résulter du pouvoir souverain et sans contrôle dont les magistrats étaient investis : En effet, comme le magistrat n'intervenait que pour instituer les juges et assurer l'exécution de leur sentence, il en résultait que les parties étaient réellement jugées par les juges qu'elles mêmes avaient choisis, et qui, par cela même, leur offraient toutes les garanties désirables. C'est ainsi que, chez nous, l'intervention des jurés rend à peu près sans danger les erreurs ou les préventions des chambres de mise en accusation.

Cet arrangement en déchargeant les magistrats de la partie la plus longue et la plus fastidieuse des procès, à savoir, la vérification des allégations contradictoires des plaideurs, offrait encore cet avantage, que les magistrats les plus élevés de la république pouvaient malgré leur petit nombre, s'occuper de toutes les affaires, même les plus minimes. Ainsi, d'une part, les citoyens les plus pauvres trouvaient dans la position élevée des magistrats des garanties précieuses, puis qu'ils n'avaient point à redouter l'influence qu'un adversaire puissant aurait pu exercer sur des fonctionnaires moins haut placés ; et d'autre part toutes les affaires étant également soumises à des magistrats revêtus de la toute puissance républicaine, la juridiction en tirait un caractère de grandeur et de dignité qui exerçait sur l'administration de la justice la plus salutaire influence.

p. 42. Comme il (le magistrat) avait seulement à s'occuper des conséquences juridiques des faits allégués par les plaideurs, et non à en vérifier la vérité, il ne se fatiguait point au détails oiseux des enquêtes sur le fait et conservait ainsi toute la vigueur nécessaire pour embraser d'un esprit vaste et puissant les résultats généraux que lui offrait la pratique des affaires. Aussi, lors même que l'histoire tout entière du droit romain ne serait pas là pour l'attester, ces circonstances suffisaient à elles seules pour nous autoriser à conclure que c'est principalement à la juridiction prétorienne que le droit romain est redevable de ce haut degré de perfection qui n'a j'amaï été dépassé.

Cette organization judiciaire offrait encore toutes les conditions d'une bonne justice, tant pour le jugement du droit que pour l'appréciation du fait. La décision du point du droit exige des connaissances techniques, c'q'on ne peut rencontrer que chez les hommes qui ont fait de la jurisprudence une étude spéciale. Le jugement du fait suppose seulement un esprit juste et droit, un peu habitué aux hommes et aux affaires ; mais il exige en général, beaucoup de temps. Sous ce double rapport on trouverait difficilement une combinaison plus satisfaisante que la procédure civile des Romains.

Les magistrats, n'ayant à s'occuper des procès que pour déterminer les principes selon lesquels les causes seraient instruites et jugées, pouvaient en peu de temps expédier une grande quantité d'affaires.

p. 211. Pour les *questions de fait*, il ne me paraît nullement démontré que des magistrats permanents, des jurisconsultes, soient dans de meilleures conditions que des jurés pour en décider ; car si l'habitude et l'exercice ont leurs avantages, ils ont aussi leurs inconvénients.

Et d'abord il est malheureusement trop certain que, dans l'ordre intellectuel aussi bien que dans l'ordre physique, nous fluissons par nous blaser sur tout ce qui devient pour nous l'objet d'une occupation journalière. L'homme qui, par état, est obligé de siéger tous les jours plusieurs heures dans un tribunal, ne peut apporter à l'examen de chaque affaire cette vigueur, et, si je puis m'exprimer ainsi, cette fraîcheur d'attention qu'y donne tout naturellement celui qui n'est appelé que de loin en loin à décider des intérêts de ses concitoyens. Pour le juré, une telle mission a tout le piquant de la nouveauté, tout l'attrait de l'importance que doit donner à sa personne le rôle élevé qu'il va remplir à la face du pays ; et il attachera en général, d'autant plus de prix à se bien acquitter de ses fonctions qu'il sera moins souvent appelé à un tel honneur. D'ailleurs, les jurés peuvent concentrer toute leur attention sur une seule affaire ; tandis que les juges permanents sont naturellement distraits par le souvenir des affaires dont ils viennent de s'occuper.

Voici une autre considération qui ne mérite pas moins l'attention.

L'esprit humaine n'a pas assez de vigueur pour embrasser un grand nombre d'individualités ; il se perd au milieu des faits spéciaux, et n'a bientôt plus de chacune d'eux que des perceptions confuses ; de là notre tendance à généraliser ; et cette tendance, qui accuse l'infirmité de l'intelligence de l'homme, atteste en même temps sa force et sa puissance, puis qu'en définitive, *science c'est généralisation*. Toute fois, cette prédisposition a ses inconvénients, elle conduit à l'esprit de système ; et l'esprit de système, qui est la corruption d'une qualité de notre intelligence, offre des dangers graves, surtout quand il s'agit de l'administration de la justice. On trouve des rapports, de la ressemblance, de l'homogénéité entre des faits en réalité très dissemblables ; avec l'orgueil et la présomption que la science inspire à notre pauvre nature, on se hâte de rapprocher, de comparer, d'assimiler des faits qui mieux étudiés, paraîtraient séparés par des différences profondes ; on conclut d'un fait à un autre fait, d'un cas à un autre cas ; on se laisse malgré soi, entraîner à des généralisations hasardées, arbitraires : le juge a condamné hier parce-qu'il s'est rencontré telle circonstance, pourquoi ne condamnerait-il pas aujourd'hui que cette circonstance se représente, ou du moins paraît se représenter ? Ainsi, quand la conviction devrait se former sur chaque affaire isolément, à l'aide d'un examen spécial, voilà que la puissance de l'habitude conduit fatalement le juge à se former, à son insu, des règles générales de conviction, des formules absolues de croyance ! Et plus grande sera son expérience, plus sera grande aussi sa confiance dans les méthodes d'investigations qu'il se sera créées ; plus souvent il aura eu occasion de vérifier que telle circonstance est l'indice de l'existence de tel fait, plus il aura de disposition à proclamer l'existence ou la non-existence de ce même fait, selon que la circonstance, qu'il a acceptée comme *criterium* se rencontrera ou ne se rencontrera pas dans l'espèce à juger. C'est là pourtant une méthode pleine d'écueils : car dans l'infinie variété avec laquelle se produisent les faits qui tombent sous l'appréciation des juges, il n'arrive presque jamais qu'une même circonstance ait deux fois la même signification, qu'un indice ait deux fois la même portée ; parce que cette circonstance, cet indice se trouve neutralisés, modifiés, dans chaque affaire, par d'autres circonstances et d'autres indices. Les jurés ne sont point exposés à cette chance d'erreur : ils apportent à l'examen de l'affaire qui leur est soumise, un esprit dégagé des préjugés et des préventions qu'engendre nécessairement la pratique.

p. 225. Ce grand nombre de jurés, cette solennité, peuvent convenir quand il s'agit de décider de la vie, de l'honneur et de la liberté des citoyens ; mais, bien que cela se pratique ainsi en Angleterre et aux

Etats-Unis, nous croyons que ce serait un luxe superflu pour les procès civils.

—A l'appui de cette opinion, nous n'invoquerons pas l'autorité des Romains, qui, en matière civile, remettaient sans crainte la décision du procès à *un seul juré*, quoique ce juré eût des pouvoirs bien autrement étendus que ceux que nous proposons de confier aux jurés civils.

—Mais nous rappellerons que, dans les arbitrages, dont l'usage se popularise chaque jour davantage, le nombre des arbitres n'excède pas en général celui de *trois*. Cet usage nous fournit un *criterium* excellent pour résoudre cette question d'ailleurs secondaire: quel sera le nombre des jurés en matière civile? Si les particuliers n'hésitent pas à s'en remettre, et sur le fait et sur le droit, au jugement de trois personnes non surveillées; comment auraient-ils des craintes, quand ces trois arbitres, réduits à l'examen des questions de faits, dirigés dans leur marche par le tribunal, présidés et surveillés dans leurs opérations par un magistrat, choisis d'ailleurs par les parties elles-mêmes, offriront des garanties au moins égales à celles qu'on peut trouver dans des arbitres privées.

p. 234. Je laisserai de côté les avantages politiques propres à l'institution du jury, et que peu de personnes contestent; je ne parlerai pas non plus de l'heureuse influence que doit avoir, à la longue, sur les mœurs publiques, l'admission des citoyens à l'exercice de fonctions éminemment propres à moraliser les hommes en les rehaussant à leurs propres yeux.

p. 237. * * Ce n'est pas seulement une mauvaise distribution de travail que de condamner des *magistrats jurisconsultes* à perdre leur temps à l'examen de pures questions de faits, qui seraient pour le moins aussi bien résolues par des hommes étrangers à l'étude des lois; mais on peut affirmer, sans hésitation, que les magistrats ne peuvent que s'échoir à se courber ainsi sur ses individualités des causes:

“Plus on peut, “dit Meyer,” dispenser les juges de connaître “de la question de fait, plus on peut séparer l'individualité de l'espèce d'avec la généralité des principes, plus la magistrature s'approchera de l'idée la plus sublime qu'on puisse se faire d'un juge, “celle d'être l'organe impassible de la loi.” (Instit. Judic. Tom. V, p. 518.)

Nous avons, en France, un fait qui, à lui seul, vaut mieux que toutes les démonstrations. On sait quel rang élevé occupe notre Cour de Cassation dans l'estime des jurisconsultes et des hommes éclairés

de tous les pays ; on sait de quel respect ce tribunal suprême est entouré par toutes les classes de citoyens. Depuis sa création, cinquante ans se sont écoulés : pendant ce temps, bien des révolutions ont passé sur notre pays ; bien des gouvernements, et des plus forts, ont disparu pour toujours dans la tempête ; les institutions politiques, administratives, judiciaires, les lois de tous genres ont été bien souvent remaniées... seule, la Cour de Cassation est demeurée debout au milieu des ruines de tant de régimes et de systèmes divers : image imposante et majestueuse de la justice, elle n'a pas même eu à se défendre, tant la vénération des peuples la protégeait contre la pensée même d'une attaque.

Ce fait si remarquable, les vertus et le savoir des magistrats de la Cour Suprême suffiraient sans doute pour l'expliquer ; mais d'autres tribunaux aussi étaient composés de juges intègres et éclairés, et cependant ils n'ont pu échapper ni aux attaques, ni aux calomnies des parties. A quoi donc tient cette espèce d'invulnérabilité qui, dans les plus mauvais jours, a constamment protégé la Cour de Cassation ? Nous ne croyons pas être loin de la vérité, en signalant, comme cause principale, la nature même des attributions de ce tribunal.

— Comme cette Cour n'a jamais à s'occuper des faits, les procès se présentent à elle dépourvus de tout ce qui constituait leur individualité ; elle ne peut donc être influencée par des considérations de temps, de lieux, de circonstances, ou de personnes. Comme sa mission se borne à rechercher si aux faits reconnus vrais à tort ou à raison, il a été fait une saine application de la loi ; comme d'ailleurs elle n'a jamais à prononcer, sur le fond, une sentence définitive, et qu'après avoir cassé, elle se borne à renvoyer devant un autre tribunal, ses décisions, encore qu'elles soient rendues à l'occasion d'espèces particulières, ont cependant quelque chose de général, de théorique, d'abstrait, qui les fait ressembler à des lois, bien plus qu'à des jugements ordinaires. Dans cette sphère élevée, où plane la Cour régulatrice, elle ne se trouve donc que bien rarement en contact avec les passions contemporaines, bonnes ou mauvaises, qui agissent nécessairement sur les juges du fait.

Par l'institution du jury civil, la mission des tribunaux permanents se réduisait à appliquer la loi aux faits reconnus constants par le jury : ces tribunaux seraient donc placés dans des conditions analogues à celles où se trouvent la Cour Suprême, et la juridiction en acquerrait un caractère éminent de dignité et de grandeur.

* * * * *

Pour les questions *de faits*, cela a été déjà démontré plus haut (voy. § 91.)

Quant aux questions *de droits*, cet isolement ne serait pas moins

profitable. Qu'on ne s'y trompe pas : les mauvais jugements sur les points de droit, tiennent bien moins à une ignorance des vrais principes, qu'à une préoccupation dont les magistrats les plus intègres ont bien de la peine à se défendre. Le juge, qui est chargé d'apprécier les faits, se laisse presque fatalement influencer par mille considérations de circonstances et de personnes ; il est inévitablement conduit à chercher dans la loi, non le sens le plus conforme à la pensée du législateur, mais le sens qui lui permet de donner gain de cause à celles des parties qui paraît mériter le mieux la sympathie du juge. Ainsi, même à leur insu, et bien souvent sous l'influence des sentiments les plus honorables, les juges se laisse aller à torturer le sens de la loi, pour y trouver la solution qui va la mieux à leur conscience. Ces tentations dangereuses sont évitées, si la mission du juge se borne à proclamer les conséquences légales des faits déclarés constants par un jury. Ces faits ne peuvent point alors avoir, sur l'imagination du juge, l'influence qu'ils exercent nécessairement sur elle quand il a dû les rechercher lui-même, se mettre en contact avec les plaideurs, subir en quelque sorte la contagion de leur passions.

La séparation du jugement sur le fait d'avec le jugement sur le droit présenterait encore un autre avantage, qui, à lui seul, paraissait à Dupont justifier suffisamment l'établissement du jury. " Je pars (disait cet orateur à l'Assemblée constituante), je pars de la supposition, " que les jugements doivent toujours être rendus à la pluralité des " suffrages, et je dis que, lors qu'on va aux voix, sans que le fait soit " constaté, il est très commun que celui qui a la majorité en sa faveur " perd son procès. En effet, chaque juge, en donnant son avis, peut " être déterminé, soit par la vérité des allégations, c'est-à-dire par le " fait, soit par la forme des principes, c'est-à-dire par la loi. Un cer- " tain nombre de juges peut être déterminé par la première de ces " considérations, les autres par la seconde ; et cependant, lors de la " collecte des voix, ils sont obligés de se ré-unir à l'une des deux avis, " sans quoi la majorité relative ou la minorité réelle déciderait les " questions : alors le juge qui croit le fait sur et la loi douteuse, et " celui qui croit la loi claire et le fait douteux, sont comptés ensemble " pour la même opinion, quoi qu'ils diffèrent d'avis du blanc au noir ; " et le plaideur, qui a eu en sa faveur la majorité sur le droit, et la " majorité sur le fait, perd son procès. Prenons un exemple : Pierre " veut se soustraire au paiement de créances dues par son grand-père. " Ses moyens pour cela sont de dire : 1o que son père a renoncé à la " succession de son grand-père : 2o que les créances demandées ne " sont pas légitimes. Paul au contraire prétend, et qu'il n'y a pas " eu de renonciation, et que les créances sont légitimes. Voilà deux " questions, l'une de fait, et l'autre de droit. Maintenant il faut savoir

“ qu’excepté sur les nullités et fins de non-recevoir, il est défendu aux
 “ juges d’opiner par moyens, et qu’ils doivent donner leur avis sur les
 “ conclusions des parties, lesquelles sont toujours tendantes, en gé-
 “ ral, à adjuger la demande ou à la rejeter. Il y a douze juges. Sept
 “ sont d’avis qu’il n’y a pas eu de renonciation ; mais, de ces sept,
 “ quatre pensent que les créances ne sont pas légitimes : les cinq
 “ autres juges pensent que les créances sont légitimes, mais qu’il n’y
 “ a eu renonciation. Paul avait donc en sa faveur, sur la question
 “ de fait, sept juges contre cinq ; il avait sur la question de droit, huit
 “ juges contre quatre. On prend les voix : les quatre juges qui pen-
 “ sent que les créances ne sont pas légitimes, mais qu’il n’y a pas
 “ renonciation, et les cinq qui pensent que les créances sont légitimes,
 “ mais qu’il y a renonciation, sont comptés ensemble. Paul perd son
 “ procès, avec une majorité de neuf contre trois. p 242.

NOTE 8. P. 9.

Digest Lib. xxii. Tit. 5. l. 3.

Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in personâ
 eorum exploranda erunt in primis conditio cujusque : utrum quis
 decurio, an plebeius sit ; et an honestæ, et inculpata vitæ, an
 vero notatus quis, et reprehensibilis ; an locuples, vel egens sit,
 ut lucri causa quid facile admittat : vel an inimicus ei sit, adver-
 sus quem testimonium fert ; vel amicus [ei] sit, pro quo testimonium
 dat. Nam si careat suspicione testimonium, vel propter personam, à
 qua fertur, quod honesta sit ; vel propter causam, quod neque lucri,
 neque gratiæ, neque inimiciæ causa sit : admittendus est. § 1. Ideo-
 que D. Hadrianus Vivio Varo Legato Provinciæ Ciliciæ rescripait, eum
 qui judicat, magis posse scire, quanta fides, habenda sit testibus. Verba
 epistolæ hæc sunt : *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit tes-*
tibus : qui, et cujus dignitatis, et cujus æstimationis sint : et qui sim-
pliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem
attulerint ; an ad ea, quæ interrogeveras, ea tempore verisimilia res-
ponderint. § 2. Ejusdem quoque Principis extat rescriptum ad Vale-
 rium Verum de excutienda fide testium in hæc verba : *Quæ argumenta*
ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis
definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis
cujusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas
et auctoritas. Alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua qua-
ritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non
utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere :
sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut
parum probatum tibi opinaris. § 3. Idem Divus Hadrianus Junio

Rufino Proconsuli Macedoniæ rescripsit, *testibus se, non testimoniis crediturum*. Verba epistolæ ad hanc partem pertinentia hæc sunt: *Quod crimina obiecta: apud me Alexander Apro, et non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soles: quem remisi ad Provinciæ Præsidentem, ut is de fide testium quæreret; et nisi impleisset quod intenderat, relegaretur*. § 4. Gabinio quoque maximo idem Princeps in hæc verba rescripsit: *Alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent: Tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia*.

NOTE 9. P. 10.

BONNIER des preuves, Tom. I, p. 320.

Le Code de procédure, bien qu'avec assez importantes modifications, s'en est tenu également au système de l'enquête sans publicité. Devant les tribunaux criminels, au contraire, l'audition publique des témoins n'a jamais cessé depuis 1791.

Y a-t-il de bonnes raisons pour établir entre les deux juridictions une ligne de démarcation aussi tranchée? Il est assez difficile de justifier en principe cette distinction. Elle a été combattue, non seulement par des théoriciens quelquefois suspects de trop de hardiesse, tels que Bentham, mais encore par Boncenne, toujours si préoccupé des besoins de la pratique; par Boitard, cet esprit à la fois si sage et si élevé; plus récemment encore un éminent conseiller à la Cour de Cassation, M. Lavielle est venu joindre aux réclamations de la doctrine l'autorité de son expérience. (1) (Études sur l'administration de la justice civile, Revue Critiques, t. XII, page 318 et suiv.) Les avantages qu'offre la publicité, soit pour permettre au juge de saisir la vérité en observant l'accent des témoins, l'expression de leurs visages, leur contenance toute entière, (2) soit pour garantir la véracité des témoins par le contrôle d'un auditoire qui peut souvent les démentir, sont absolument les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse.

NOTE 10. P. 10.

BONCENNE, Tom. 4, p. 218 etc. (Procédure Civile).

Tant qu'un juge n'entendra d'une enquête que la lecture du procès verbal; tant que la présence des témoins lui sera dérobée; tant qu'il

(1) "Les Enquêtes dit M. Lavielle, sont l'instrument écrit de la preuve testimoniale, instrument compliqué, imparfait, fragile, cher."

(2) C'est dans ce sens qu'Adrien disait (l. 3, § 3. D. de Test.): "*testibus se, non testimoniis crediturum*." Il est presque aussi nécessaire, dit M. Lavielle, de voir l'enquête que de l'entendre.

ne lui sert pas donné d'observer leur contenance, leur visage, leur regard, le ton de leur voix et leur manière de dire ; tant qu' il ne lui sera pas permis de les confronter, d'éclaircir leur premières réponses par de nouvelles questions de dissiper ses doutes que font naître des expressions impropres, des circonstances plus ou moins expliquées ; quel jugement voulez-vous qu'il porte sur les faits litigieux ? A quels signes pourra-t-il reconnaître la vérité ? Il comptera, ne pouvant mieux faire, et il dira *oui*, s'il y a plus de témoins pour *oui* que pour *non*.

On voit beaucoup de sentence qui ne sont pas autrement motivées. Il faut convenir aussi qu'il est infiniment plus court et plus aisé de compter que de composer.

NOTE 11. P. 10.

GABRIEL des Preuves, p. 297.

On éviterait tous ces abus, si les témoins déposaient publiquement comme chez les Romains.

NOTE 12: P. 10.

BOITARD, Procédure Civile, Tom 1, p 448-452.

Tel est l'ensemble des règles suivant lesquelles il doit être procédé aux enquêtes dans les matières ordinaires. Dans les matières sommaires (Art. 407), des règles toutes différentes sont suivies ; l'enquête, au lieu de se faire à huis clos par un juge commis par le tribunal, se fait devant le tribunal, en présence du public. En d'autres termes, nous trouvons, même dans nos lois civiles, le système de l'enquête secrète et le système de l'enquête publique admis concurremment et dans des cas différents ; nous trouvons le système de l'enquête publique devant le tribunal, en pleine audience, consacré sans distinction dans les matières commerciales ainsi que dans les matières criminelles, correctionnelles et de police.

Dès lors se présente naturellement la question de savoir lequel des deux systèmes est préférable, et quel motif a pu porter la loi à adopter pleinement, tantôt le système des enquêtes publiques, des enquêtes d'audience, dans le cas que je viens de signaler ; tantôt, au contraire, le système de l'enquête écrite et secrète, empruntée, presque en totalité, à l'ordonnance de 1667.

On a reproché à l'enquête publique trois vices distincts, séparés. Le premier, d'être peu véridique, peu probante, d'entraîner assez fréquemment de graves erreurs ; le second, d'être une source de désordres, d'inconvénances, de compromettre la dignité des tribunaux ;

le troisième, d'être une cause de lenteurs et d'entraves, d'être moins expéditive que l'enquête écrite et secrète ?

Tels sont à peu près les trois reproches que vous trouvez articulés, mais non pas justifiés, dans le discours de l'orateur du Tribunal au Corps législatif, lors de la présentation de ce titre.

Sur ces trois vices, un seul mérite sérieusement d'occuper notre attention ; c'est de savoir si en réalité l'enquête publique est une voie moins probante, moins certaine, pour arriver à la vérité, que l'enquête secrète et écrite. Si le contraire était prouvé, si l'enquête publique offrait plus de garantie pour la véracité des témoins, j'avoue que je ferais assez peu de cas des deux autres objections, qui, au reste, ne sont peut-être pas beaucoup plus fondées que la première.

Mais que peut-on dire pour prouver que l'enquête publique soit moins probante, qu'elle soit plus sujette à l'erreur, au mensonge, que ne l'est l'enquête écrite et secrète.

On dit que les témoins placés en face du tribunal entier, en face d'un nombreux auditoire, se troubleront, s'intimideront facilement ; que leur liberté sera compromise ; qu'enfin, s'ils ont une première fois fait une déposition inexacte, l'amour propre, la vanité, la crainte de se démentir, de s'accuser eux-mêmes en public, les portera à y persister, à répéter des assertions mensongères, dont ils se désisteraient plus facilement s'ils étaient en présence d'un seul juge et loin du public. J'avoue que le contraire me paraîtrait infiniment plus vrai. Il me semble que la présence du tribunal entier, que la présence d'un auditoire nombreux et attentif, écoutant et surveillant la déposition du témoin, est de toutes les garanties la plus forte, la plus puissante que puisse exiger la loi, pour arriver à la vérité ; que rien n'est plus propre que la solennité de l'auditoire publique à déterminer le témoin à bien peser toutes ses expressions, à ne laisser échapper, je ne dirai pas même aucun mensonge, mais aucune assertion légère ou téméraire ; que, de plus, la crainte d'être démenti par un témoin qui va le suivre immédiatement, la crainte d'être convaincu de mensonge en présence d'un public nombreux par la contrariété de son témoignage avec des témoins déjà entendus avant lui, appelés dans l'auditoire avant qu'il y fut appelé : il me semble que toutes ses craintes, toutes ces considérations, présentent de fortes garanties de véracité.

D'ailleurs, il me semble qu'on n'en est pas réduit à cet égard, à de simples conjectures ; le système de l'enquête publique, devant le tribunal et devant l'auditoire, est admis pleinement, par exemple en matière commerciale, sous les limitations de valeur que détermine en matière civile, l'art. 1341 du Code Napoléon. Or, si, dans les matières commerciales, où la preuve testimoniale est autorisée jusqu'à une valeur illimitée, on a trouvé avantageux de faire déposer les témoins

À l'auditoire public, quel peut donc être le motif de redouter et d'écartier ce mode, quand ils ne sont appelés que plus rarement, par exception, et pour des valeurs ordinairement de peu d'importance, comme ils le sont dans les matières civiles ?

Je vais plus loin ; la forme de l'enquête publique est admise, non seulement dans les matières commerciales, mais même dans les matières correctionnelles et criminelles ; les témoins y sont entendus devant un tribunal beaucoup plus solennel, devant un auditoire plus nombreux et plus attentif que ne le sont ordinairement les auditoires des tribunaux civils ; a-t-on craint, ou s'est-on plaint que le système de l'enquête publique, appliqué aux matières criminelles, intimidât les témoins au point de n'obtenir d'eux que des dépositions inexactes ou mensongères ? Loin de là tout le monde s'applaudit de voir les dépositions faites publiquement en matière criminelle ; tout le monde y voit la plus sûre, la plus puissante garantie de sincérité. Quels seraient donc les motifs spéciaux aux matières civiles ordinaires qui rendraient infidèles et périlleuses les dépositions publiques, lorsque, dans les matières criminelles, dans celles d'où dépend la vie d'un homme, on les regarde comme le plus sûr moyen d'arriver à la vérité ?

NOTE 13. P. 10.

LAVIELLE : Revue Critique ; Tom. 12. p. 320—331. Paris, A.D. 1858.

Les discussions au Conseil d'Etat nous apprennent que l'enquête secrète ne l'emporta sur l'enquête publique que par ce double motif : 1o que la publicité imposerait aux témoins une contrainte fâcheuse ; 2o que l'enquête faite devant le tribunal entier lui prendrait *trop de temps*, ce qui pourrait entraver l'administration de la justice.

Ces motifs sont ils bien sérieux ? Ne pourrait-on pas les invoquer, au contraire, en faveur de la publicité ? Elle imposerait au témoin une contrainte fâcheuse ! Dites donc une contrainte salutaire : celle du parjure.

La solennité de l'audience, le serment prêté devant l'image du Christ, devant le tribunal entier revêtu de ses insignes, devant tout l'auditoire n'enlèverait pas au témoin que la liberté *plus fâcheuse* de mentir à huit clos ; les témoins qui ont déposés avant lui, ceux qui vont déposer après, le surveillent et le retiennent autant que le regard du juge et du public. Une confrontation peut d'ailleurs être ordonnée à l'instant même pour éclairer un fait équivoque ou inexact, avantages considérables, qui manquent à l'enquête dans le cabinet du juge.

Ici le serment et la déposition elle même perdent quelque chose de leurs solennités et de leurs garanties. La vérité déjà si exposée dans une enquête, court plus de risque par ce mode de la chercher. Que

d'exemples de témoins qui, venus à l'audience avec des dispositions trop bienveillantes pour l'une des parties, ont senti tout à coup ces dispositions se refroidir et la conscience reprendre sa force dans cette atmosphère de publicité et de justice qui arrache pour ainsi dire la vérité à celui qui n'aurait osé la trahir qu'à voix basse et les portes fermées.

“ Le tribunal perdrait beaucoup de temps à faire lui-même les enquêtes à l'audience.”

Mais ici encore, c'est précisément tout le contraire. L'enquête n'est pas destinée à rester ensevelie dans les cartons du greffe.

Après les expéditions et les significations faites à grands frais, elle arrive enfin à l'audience sous forme de procès verbal.

Là il en est donné plusieurs lectures : la première par le demandeur, la seconde par son adversaire. Le ministère public peut la relire aussi, il le doit souvent. Et dans la chambre du conseil, il peut devenir nécessaire de la relire encore une quatrième fois en tout ou en partie.

Ajoutez les commentaires et les observations dont chaque lecture est accompagnée, et nous atteindrons, nous dépasserons bien vite le temps consacré à l'enquête orale.

Et c'est bien cette dernière enquête qui a été précisément adoptée dans les affaires commerciales et sommaires, quelle qu'en soit la valeur (et elle est souvent considérable) pour faciliter *la rapidité de l'expédition*.

Maïs, sous un autre point de vue plus essentiel, le jugement rendu après cette enquête orale, après le débat contradictoire auquel elle donne lieu, et sous les vives impressions du moment, n'offre-t-il pas plus de garanties de vérité et de justice ?

Il faut oser le dire : Le rédacteur d'une enquête, quelque habile qu'il soit, ne rendra jamais toutes les nuances d'une déposition ; pour la bien saisir, il est presque aussi nécessaire, qu'on nous passe le mot, *de la voir que de l'entendre*.

La physionomie du témoin, son regard, ses inflexions de voix, son attitude entière, sont une partie très importante de son témoignage ; et cette partie fait encore défaut dans ce froid procès-verbal lu par des voix étrangères, plusieurs mois après la rédaction, bien qu'il ait été rédigé à la hâte et presque à la minute, ce qui amène bien d'autres lacunes.

Il n'y en a pas à l'audience ; là toute le monde veille et surveille. Rien n'est perdu ; tout est compris, les paroles comme les gestes. Il y a dans ces témoignages instantanés, dans ces débats personnels, dans ces dialogues animés et presque dramatiques, quelque chose qui réveille et soutient l'attention du juge bien plus sûrement que ces

longues et monotones lectures des procès-verbaux d'Enquête. Nous en appelons à l'expérience de tous les magistrats.

Encore si ces procès-verbaux pouvaient être la reproduction exacte de la déposition : nous ne parlons plus de l'accent et du geste qui colorent la parole, mais de la parole elle-même. Pourrez-vous espérer qu'avec la meilleure volonté et le soin le plus vigilant, il soit toujours possible au commissaire enquêteur de reproduire fidèlement les termes de la déposition, les nuances gravées selon les lieux, l'éducation, les habitudes ? Le procès-verbal n'est en définitive, qu'une *traduction*, et l'on sait que la fidélité des traductions n'est pas proverbiale, même dans les œuvres littéraires, où le traducteur peut néanmoins prendre son temps pour étudier et s'assimiler la pensée de l'original.

Une traduction ! mais il en faut quelque fois deux. Ainsi, dans certaines contrées, dans nos pays méridionaux, par exemple, le juge commissaire, traducteur légal des témoins, a besoin lui-même d'un interprète-juré, parce qu'il ne connaît pas suffisamment l'idiome des campagnes. C'est donc à travers les incertitudes, les équivoques, les accidents de cette double version, que la déposition arrive au tribunal, Dieu sait dans quel état !

Nous venons de parler des avantages de la publicité en matière criminelle. Eh bien ! il n'est pas un seul de ces avantages qui ne s'applique aux enquêtes civiles. Dans les unes et dans les autres, il s'agit de découvrir la vérité, et l'audition secrète, tout le monde en convient ne la donnera jamais aussi bien et aussi vite que l'audition publique.

* * * * *

p. 326. Sans doute il sera nécessaire quelquefois d'écrire, même dans les enquêtes sommaires ; la loi elle-même a prévu et réglé ce cas. Ainsi les témoins seront-ils éloignés ou empêchés, la cause sera-t-elle susceptible d'appel, il faudra bien écrire alors, mais sans que les écrivains soient exposés aux longueurs et aux formalités dont elles sont inutilement surchargées par le titre 12.

Qu'on relise attentivement les dispositions relatives aux enquêtes sommaires, commerciales et de justice de paix, et on demeurera convaincu qu'elles suffisent parfaitement à toutes les nécessités, à tous les intérêts, qu'elles présentent toutes les garanties et assurent des avantages considérables dont le premier qui les domine tous, sera la découverte plus facile et plus certaine de la vérité."

* * * * *

L'essentiel est d'être d'accord sur la grande question, la substitution de l'enquête *orale* à l'enquête *écrite*. C'est le point décisif, c'est le changement *radical* annoncé d'entrée, et qui par cela même, avons-nous dit, avait besoin d'être *complètement justifié*.

Nous n'oserions pas espérer d'y être parvenus par nos seules obser-

vations; mais nous les avons empruntées, en grande parties à des auteurs considérables qui sont unanimes sur cette question. Nous n'en connaissons pas un seul qui ait essayé de défendre ce régime des enquêtes secrètes, sous lesquels nous vivons depuis tant de siècles, et qui, par cela même, semblait devoir trouver quelques défenseurs. Nul ne s'est présenté. p 327.

* * * * *

Le discussion au Conseil d'Etat, que Toullier appelait une déclamation, est aussi appréciée par le regrettable professeur de Poitiers :

“ Il n'y avait rien là de sérieux, d'approfondi; ce n'étaient que des lieux communs du vieux temps; sauf la présence des parties aux dépositions, le titre du Code sur les Enquêtes n'est que la répétition des anciennes ordonnances: c'est toujours le juge A qui recueille les preuves et souvent ne juge pas; mais les juges B et C qui font le jugement sans avoir entendu un seul des témoins, l'archichancelier était pourtant le même qui, à la tribune de la Convention Nationale, avait reproduit la proposition d'importer chez nous le jury anglais avec toutes les publicités pour la décision des *affaires civiles*.

Aujourd'hui les meilleurs esprits sont unanimes sur les avantages de la publicité; tout a été exposé, pesé, reconnu. Il n'y a plus qu'à résumer: Si la liberté réclamée par les témoins est celle qui permet de dire, non tout ce qu'ils savent, mais tout ce qu'ils veulent, le secret doit leur être très-avantageux, et ils doivent attacher beaucoup de prix à cette attention délicate qui les met à couvert du contrôle, et même des regards du public. Il faut avoir le témoin devant soi pour mesurer la confiance qu'on doit avoir en lui. Jamais la lecture seule d'une déposition ne donnera une juste idée de l'intelligence et du caractère de celui qui l'a faite, du calme ou de l'empressement de son témoignage, de son apprêt ou de sa naïveté.

C'est une tâche fort difficile que d'écrire la déposition d'un témoin, de lui conserver toute sa physionomie, de n'exprimer ni plus ni moins, et de rendre le degré précis de sa conviction. Calculez toutes les nuances que présentent certains mots, la valeur que leur donne telle ou telle manière de les proférer, la différence des habitudes de l'homme qui dépose et du juge qui rédige, la variété des sens qu'ils attachent aux mêmes termes,—et dites si vous pouvez raisonnablement vous flatter de recueillir dans la lecture d'un procès-verbal d'enquête cette certitude morale qu'il faut avoir pour décider en sûreté de conscience.

“ Pourquoi ce qui est salubre, précieux dans les Cours d'Assises, dans les tribunaux correctionnels, dans les tribunaux de commerce, serait-il mauvais, inconvenant, dangereux dans les tribunaux civils? Pourquoi ce qui est utile, expédient pour les affaires sommaires se

changerait-il dans le même tribunal en abus, en entraves pour les affaires ordinaires ? Pourquoi une forme d'enquête qui donne assez de garanties pour débattre une question de vie ou de mort, ou pour constater un marché de quelques millions ne serait-il ni assez sure ni assez digne pour établir la possession trenténaire d'un sillon de terre ? (Tit. IV, p 312 et suiv.)

Il poursuit ainsi une à une les objections timidement essayées contre la publicité des enquêtes et il termine ainsi :

“ L'esprit de réforme s'est pris dans ces dernier temps à beaucoup de choses touchant l'administration de la justice, qui certes, n'offrait pas autant d'abus à corriger et de dangers à prévenir que notre système mi-parti d'enquêtes publiques et d'enquêtes secrètes. Dieu veuille que l'on s'avise enfin d'y songer sérieusement, et que l'on vienne à reconnaître que l'exception vaut infiniment mieux que la règle ! ”

Ces plaintes et ces vœux ont été recueillis et répétés par les auteurs modernes qui ont écrit sur le même sujet ; nous ne reproduirons pas leur opinion, de crainte de tomber dans de nouvelles redites, on nous pardonnera celles qu'on vient de lire en faveur de l'importance du sujet. N'oublions pas, d'ailleurs, qu'il s'agit de déchirer un titre entier de notre Code et qu'une pareille innovation ne saurait être trop autorisée, trop justifiée aux yeux de ceux qui, comme nous, ne voudraient toucher à nos lois que dans les cas d'une nécessité absolue et démontrée.

Cette démonstration a été faite de nouveau par MM. Dalloz, Repertoire, v. Enquête, p 612, No 17, Boitard, No 556, Regnard, p 361, Bordeaux, p 542, Seligman, p 191.

Nous avons déjà dit que les ouvrages de ces deux derniers auteurs avaient été couronnés par l'Académie des Sciences morales et politiques. Nous ne voulons pas assurément la rendre solidaire de toutes les doctrines émises par les écrivains à qui elle donne ses hautes récompenses ; mais nous avons quelques raisons de penser qu'elle approuva, dans cette circonstance, les vœux déjà formés par de savants jurisconsultes et renouvelés par ses deux lauréats, touchant la substitution des enquêtes publiques aux enquêtes secrètes. Nous pourrions même ajouter sans témérité, que le titre des *enquêtes* ne fut pas étranger à la pensée de l'Académie quand elle formula le sujet mis au concours, pour l'année 1851 dans les termes suivants que nous avons déjà rapportés :

“ Quelles sont, au point de vue juridique et philosophique, les réformes dont notre Code de procédure est susceptible ? ”

A la seule lecture de cette question, le titre des *enquêtes* dut se présenter un des premiers à l'esprit de tous ceux qui s'occupent de la législation.

Il fut également signalé d'une manière toute spéciale à la commission chargée, en 1849, de reviser le code de procédure civile.

Ainsi ce titre des *Enquêtes* pèse à tous; il n'y a qu'une voix pour en demander la suppression. Ceux-là même qui, par état en retirent quelque profit ont la loyauté d'en signaler les abus et les dangers et de répéter avec soin que *jamais réforme législative n'aura été plus nécessaire et ne sera mieux accueillie.*

NOTE 14 : p. 15.

Cour de Cassation.

Loi du 1er décembre, 1790.

10. Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif.

20. Les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes de cassation, contre les jugements rendus en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les conflits de juridiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier.

30. Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.— Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires; après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître.

160. En matière civile, la demande en cassation n'arrêtera pas l'exécution du jugement, et dans aucun cas, et sous aucun prétexte, il ne pourra être accordé de sur-séance.

200. Dans le cas où la procédure aura été cassée, elle sera recommencée à partir du premier acte où les formes n'auront pas été observées; l'affaire sera plaidée de nouveau dans son entier, et il pourra encore y avoir lieu à la demande en cassation contre le second jugement.

is-
our
ent
et
lus

gis-

sur
der-
utre
gle-
unal

ront
resse
unal
rocé-
naux

pas
texte,

com-
obser-
ourra
juge